

An die Damen und Herren

- Notarinnen und Notare des Kanton Wallis
 - Grundbuchverwalterinnen und -verwalter
-

Referenzen SH/NF
Datum 25. März 2024

RUNDSCHREIBEN NR. 10 / NG 2004

INTERESSENKONFLIKTE UND ZUSTIMMUNG DER KINDES- UND ERWACHSENENSCHUTZBEHÖRDE IM IMMOBILIENBEREICH

Sehr geehrte Damen und Herren

In diesem Rundschreiben geht es darum, ein spezifisches Thema zu erläutern, dem die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden in der Praxis begegnen, um die von den beteiligten Partnern erwarteten Praktiken zu verdeutlichen.

I. Allgemeines

Die KESB ordnet eine Beistandschaft an, wenn die Unterstützung der hilfsbedürftigen Person durch Familienangehörige, andere nahestehende Personen, private oder öffentliche Dienste nicht ausreicht oder auf den ersten Blick unzureichend erscheint. Sowie wenn das Hilfs- und Schutzbedürfnis der urteilsunfähigen Person nicht oder nicht ausreichend durch eine Vorsorge (Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung) oder durch eine von Gesetzes wegen angewandte Massnahme (Vertretung durch den Ehegatten/eingetragenen Partner, Vertretung im medizinischen Bereich, Schutz der Person, die in einem Alters- oder Pflegeheim wohnt) sichergestellt werden kann.

Der Beistand ist im Rahmen der ihm übertragenen Aufgaben ein Bevollmächtigter, der zum Handeln berechtigt und verpflichtet ist und der im Rahmen seiner Befugnisse die schutzbedürftige Person vertritt. Für bestimmte Handlungen sieht das Gesetz jedoch eine behördliche Zustimmung vor. Artikel 416 Absatz 1 Ziffer 1-9 ZGB zählt diese auf, wobei Artikel 416 Absatz 1 Ziffer 4 ZGB insbesondere den Erwerb, die Veräusserung, die Verpfändung und andere dingliche Belastung von Grundstücken sowie das Erstellen von Bauten, welche über ordentliche Verwaltungshandlungen hinausgeht regelt (Leuba/Stettler/Büchler/Häfeli, Kommentar zum Familienrecht {FamKomm}, Aufl. 2013, S. 614, N 4).

Die Vertretungswirkung ist jedoch durch den Zustimmungsvorbehalt im Sinne einer Suspensivbedingung beschränkt. Die Zustimmung ermöglicht es der Handlung, rechtswirksam zu werden; allfällige Mängel werden dadurch jedoch nicht geheilt (FamKomm, a.a.O., S. 613, N 1).

Artikel 965 Absatz 1 ZGB besagt, dass grundbuchliche Verfügungen, wie Eintragung, Änderung, Löschung in allen Fällen nur auf Grund eines Ausweises über das Verfügungsrecht und den Rechtsgrund vorgenommen werden dürfen.

Art. 83 Abs. 2 GBV besagt, dass der Grundbuchverwalter die Handlungsfähigkeit prüft, wenn sie nach den eingereichten Belegen oder nach dem Grundbuch eingeschränkt ist (Bst. e) sowie die erforderlichen Bewilligungen und Zustimmungen daraufhin überprüft, ob sie vorliegen (Bst. i).



Gemäss der Rechtsprechung hat der Grundbuchverwalter, Einschränkungen der Handlungsfähigkeit der Parteien lediglich dann zu prüfen, wenn dies offensichtlich ist, insbesondere wenn die Handlungsfähigkeit durch einen formellen Entscheid der zuständigen Behörde eingeschränkt wurde (BGE 65 I 29; BGE 124 III 341; BGE 112 II 26). Der Entscheid der KESB muss somit in Bezug auf die Handlungsfähigkeit der verbeiständeten Person hinreichend klar sein, wobei die Art der Beistandschaft ausdrücklich anzugeben ist.

Artikel 416 Absatz 1 ZGB ist *nicht* auf die Mitwirkungsbeistandschaft (Art. 396 ZGB) oder die Begleitbeistandschaft (Art. 393 ZGB) anwendbar, da die verbeiständete Person weiterhin selbst handelt, auch wenn der Mitwirkungsbeistand ihrer Handlungen zustimmen muss. Artikel 416 Absatz 1 ZGB bezieht sich somit nur auf Fälle, in denen die Beiständin oder der Beistand eine Vertretungsbefugnis hat (Art. 394/395 ZGB, Art. 398 ZGB). Im Übrigen kann die Schutzbehörde im Rahmen der Beistandschaft durch Angehörige (Art. 420 ZGB) diese Personen davon entbinden, für alle oder einzelne Handlungen ihre Zustimmung einzuholen (Art. 420 ZGB *in fine*) (Meier, Droit de la protection de l'adulte, Aufl. 2022, S. 576, N 1085 und 1086).

Artikel 416 Absatz 2 ZGB sieht vor, dass die Behörde nicht systematisch eingreifen muss: Die im Gesetz erwähnten Handlungen können nämlich *vom Beistand allein*, jedoch *mit Einverständnis der betroffenen Person* vorgenommen werden, sofern diese urteilsfähig ist *und* ihre Handlungsfähigkeit für diese Art von Geschäft nicht eingeschränkt wurde. Dabei handelt es sich um eine kumulative Bedingung. Angesichts der Tragweite der beabsichtigten Handlungen ist es sinnvoll (auch wenn das Gesetz dies nicht vorschreibt), dass die Zustimmung schriftlich erteilt wird. Darüber hinaus holt der Beistand vorsorglich ein ärztliches Zeugnis ein, wenn Zweifel an der Urteilsfähigkeit der betroffenen Person bestehen (Meier, a.a.O., S. 577, N 1087).

Es wird darauf hingewiesen, dass die Frage der Urteilsfähigkeit auch vom Notar bei der Beurkundung zu prüfen ist (Art. 35 Abs. 1 Bst. c NG). Es wäre daher wünschenswert, dass der Notar in der Urkunde festhält (und nicht nur von den Parteien bestätigen lässt), dass sich die Parteien nach seiner Wahrnehmung in einem urteilsfähigen Zustand befinden, d.h. deren Urteilsfähigkeit gegeben ist, und sich im Zweifelsfall auf ein ärztliches Zeugnis stützt.

Im Verbindung mit Art. 416 Abs. 2 ZGB, welcher von der Zustimmung der KESB absieht, wenn die betroffene Person urteilsfähig und in ihrer Handlungsfähigkeit nicht eingeschränkt ist und ihre Zustimmung erteilt, halten wir fest, dass der Entscheid der KESB, mit dem die Beistandschaft angeordnet wird, präzise sein muss und neben den Kompetenzen des Beistands (welche konkrete Beistandschaft i.S.d. Art. 393 – 399 ZGB wurde angeordnet) insbesondere angeben muss, ob die Handlungsfähigkeit eingeschränkt ist oder nicht und ob die betroffene Person urteilsfähig ist.

Die präzise Formulierung und die Angabe dieser Punkte im Entscheid ist sowohl für die Notare als auch für das Grundbuchamt wichtig. Nur anhand dieses Entscheids können die Grundbuchverwalter beurteilen, ob Art. 416 Abs. 2 ZGB im konkreten Fall anwendbar ist und ob ein Entscheid der KESB notwendig ist oder nicht.

Für Verträge zwischen der verbeiständeten Person und dem Beistand im Sinne von Artikel 416 Absatz 3 ZGB sieht das Gesetz vor, dass sie unabhängig von Art und Umfang der Beistandschaft immer der Zustimmung der Schutzbehörde bedürfen. Eine Ausnahme ist jedoch vorgesehen, wenn das Mandat der Beiständin oder des Beistands unentgeltlich ist (Art. 416 Abs. 3 ZGB *in fine.*) (Meier, a.a.O., S. 588, N 1092).

Gemäss der Rechtsprechung berücksichtigt Art. 416 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB die schwerwiegenden Folgen (Veränderung des Lebensumfelds), welche die in dieser bundesrechtlichen Norm umschriebenen Rechtsgeschäfte für die verbeiständete Person und ihr physisches und psychisches Gleichgewicht haben können (Urteil des Bundesgerichts 5A_970/2022 vom 8. Februar 2023 E. 3.3).

II. Ablauf eines Antrags bei der KESB

Die KESB wird in der Regel auf Antrag tätig. Der Beistand hat der KESB ein begründetes und in der Regel schriftliches Gesuch vorzulegen, in dem er die gesetzlich erforderliche Zustimmung ersucht. Zur Bekräftigung des Antrags hat der Beistand die Geschäftsgrundlagen aufzuzeigen sowie die Motive und vor allem die Interessen der betroffenen Person darzulegen, wobei die Einstellung der betroffenen Person zur Sache nicht ausser Acht gelassen werden darf. Dem Antrag sind die erforderlichen Unterlagen und Dokumente beizufügen.

Die Zustimmung beinhaltet eine Beurteilungs- und Prüfungspflicht. Die KESB hat das geplante Rechtsgeschäft unter dem Aspekt der Interessen der schutzbedürftigen Person umfassend zu prüfen (FamKomm, a.a.O., S. 634, N 43 und 44).

Da die Erteilung der Zustimmung keine Vertretungshandlung darstellt, erfolgt sie in der Regel nach Abschluss des Rechtsgeschäfts durch die Beiständin oder den Beistand - bei Immobiliensachen also in der Regel nach der Errichtung der öffentlichen Urkunde. **Die Zustimmung der KESB ist eine Voraussetzung für die Rechtsgültigkeit der Urkunde (Meier, Erwachsenenschutzrecht, 2. Aufl. 2022, S. 595, N 1109).** In der Zwischenzeit ist das Rechtsgeschäft im sogenannten Schwebezustand (Art. 418 ZGB) und der Rechtsakt wird in der Regel erst vollzogen, wenn die Behörde die Zustimmung erteilt hat (FamKomm, a.a.O., S. 632, N 40; BGE 117 II 18 E. 5a; 102 II 376 E. 4a; Urteil des Bundesgerichts 5A_580/2012 vom 28. November 2012 E. 5.3.2; Fountoulakis, in: CoRo CC I, 2023, Nr. 3 zu Art. 418 CC). Die Person, die mit der Beiständin oder dem Beistand einen Vertrag abgeschlossen hat, bleibt bis zum Entscheid der Schutzbehörde an den Vertrag gebunden, sofern dieser innerhalb einer angemessenen Frist erfolgt (Art. 19a Abs. 2 ZGB). Das Geschäft gilt für beide Parteien als abgeschlossen, mit Rückwirkung zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Zustimmungsentscheids (VOGEL, in: BSK ZGB I, 2022, Nr. 6 zu Art. 418 ZGB), oder wird mit dessen Verweigerung hinfällig (mit Rückerstattung der bereits erbrachten Leistungen (Meier, a.a.O., S. 595, N 1109).

Es wird jedoch dringend empfohlen, dem Antrag den Entwurf des geplanten Rechtsgeschäfts beizulegen, damit die KESB über alle Informationen verfügt und einen allfälligen Interessenkonflikt (und damit die Ernennung eines Ersatzbeistands) oder Elemente, die den Interessen der betroffenen Person zuwiderlaufen, vor der Unterzeichnung des Rechtsgeschäfts erkennen kann.

Ein bereits unterzeichnetes Rechtsgeschäft von der KESB genehmigen zu lassen, kann Risiken bergen, d.h. der Notar riskiert, das Rechtsgeschäft erneut eröffnen zu müssen, wenn die KESB aufgrund von Formfehlern oder anderen Mängeln nicht zustimmen sollte.

Wird der Entwurf des Rechtsgeschäfts vor der Unterzeichnung durch den Beistand der KESB vorgelegt, kann die KESB eine positive Stellungnahme abgeben, jedoch erfolgt die formelle Zustimmung der Behörde erst nach der Unterzeichnung des Rechtsgeschäfts, so dass sich die Zustimmung der Behörde auf die endgültige Fassung des Rechtsgeschäfts bezieht.

Der Grundsatz von Art. 400 Abs. 1 ZGB, wonach der Beistand seine Aufgaben persönlich zu erfüllen hat, scheint somit die Möglichkeit auszuschliessen, dass sich der Beistand bei der Unterzeichnung der Urkunde vertreten lässt, insbesondere durch die Sekretärinnen der Notariatskanzlei. Dies gilt wenigstens in den Fällen, in welchen – sei es in der Urkunde selbst oder in Form einer notariellen Erklärung - kein plausibler Grund für die Vertretung dargelegt wird.

III. Hinweis auf die Rechtsgrundlagen und die Lehre

Artikel 403 ZGB sieht vor, dass:

¹ Ist der Beistand oder die Beiständin am Handeln verhindert oder widersprechen die Interessen des Beistands oder der Beiständin in einer Angelegenheit denjenigen der betroffenen Person, so ernennt die Erwachsenenschutzbehörde einen Ersatzbeistand oder eine Ersatzbeiständin oder regelt diese Angelegenheit selber.

² Bei Interessenkollision entfallen von Gesetzes wegen die Befugnisse des Beistands oder der Beiständin in der entsprechenden Angelegenheit.

Artikel 416 ZGB verfügt, dass:

¹ Für folgende Geschäfte, die der Beistand oder die Beiständin in Vertretung der betroffenen Person vornimmt, ist die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde erforderlich:

4. Erwerb, Veräusserung, Verpfändung und andere dingliche Belastung von Grundstücken sowie Erstellen von Bauten, das über ordentliche Verwaltungshandlungen hinausgeht;

² Die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde ist nicht erforderlich, wenn die urteilsfähige betroffene Person ihr Einverständnis erteilt und ihre Handlungsfähigkeit durch die Beistandschaft nicht eingeschränkt ist.

³ Immer der Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde bedürfen Verträge zwischen dem Beistand oder der Beiständin und der betroffenen Person, ausser diese erteilt einen unentgeltlichen Auftrag.

Artikel 392 ZGB schreibt vor, dass:

Erscheint die Errichtung einer Beistandschaft wegen des Umfangs der Aufgaben als offensichtlich unverhältnismässig, so kann die Erwachsenenschutzbehörde:

1. von sich aus das Erforderliche vorkehren, namentlich die Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft erteilen;
2. einer Drittperson für einzelne Aufgaben einen Auftrag erteilen; oder
3. eine geeignete Person oder Stelle bezeichnen, der für bestimmte Bereiche Einblick und Auskunft zu geben sind.

Artikel 418 ZGB sieht vor, dass:

Ist ein Geschäft ohne die erforderliche Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde abgeschlossen worden, so hat es für die betroffene Person nur die Wirkung, die nach der Bestimmung des Personenrechts über das Fehlen der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vorgesehen ist.

In Bezug auf Artikel 403 ZGB wird in der Lehre erwähnt, dass die Ersatzbeistandschaft die Interessen der Person wahrt, wenn die Beiständin oder der Beistand verhindert ist oder ein Interessenkonflikt besteht. Sie ist von der Vertretungsbeistandschaft im Sinne von Artikel 394 ZGB zu unterscheiden. Anstatt eine Vertretungsbeistandschaft anzuordnen, kann die Schutzbehörde die Angelegenheit auch direkt regeln (FamKomm, Aufl. 2013, S. 553, N 1), insbesondere bei einfachen Fällen von geringer Bedeutung.

Ein Interessenkonflikt ist eine abstrakte Gefährdung. Es ist nicht massgebend, wie weit sich der Beistand im Einzelfall um objektive Wahrung der Interessen der betreuten Person bemüht, ob er dazu auch fähig ist und wie viel Vertrauen er im Einzelfall verdient (BGE 118 II 105; FamKomm, a.a.O., S. 553, N 3). Die Vertretungsmacht der Beiständin oder des Beistands fällt bei Interessenkollision von Gesetzes wegen dahin (Art. 403 Abs. 2 ZGB). **Folglich kann es keine Vertretungshandlung geben, welcher von Seiten der Behörde zugestimmt werden könnte. Die fehlende Vertretungshandlung kann grundsätzlich nicht über die behördliche Zustimmung nach Art. 416 ZGB geheilt werden;** es bedarf vielmehr einer – selbstverständlich ihrerseits der Zustimmungsbedürftigkeit unterliegenden – Ersatzbeistandschaft oder ausnahmsweise einem Vorgehen nach Art. 392 ZGB (FamKomm, a.a.O., S. 621, N 18). Somit kann die Schutzbehörde auch die Möglichkeit die Angelegenheit selber zu regeln. Dies erscheint namentlich sinnvoll, wenn es sich um unkomplizierte Sachverhalte und einmalige punktuelle Vertretungshandlungen handelt (FamKomm, a.a.O., S. 554, N 5).

Der klassische Fall eines Interessenkonflikts ist in Art. 416 Abs. 3 ZGB als *lex specialis* gelöst (FamKomm, a.a.O., S. 621, N 18).

Unabhängig von der Art der Angelegenheit bedürfen Rechtsgeschäfte zwischen der Beiständin oder dem Beistand und der betroffenen Person der Zustimmung der Behörde im Sinne von Artikel 416 Absatz 3 ZGB. Aufgrund des engen Rechtsverhältnisses ist dies auch der Fall, wenn die betroffene Person urteilsfähig ist. Dies gilt für alle Arten von Beistandschaften, also auch für Begleit- oder Mitwirkungsbeistandschaften.

Hinsichtlich der Prüfung der Frage des Interessenkonflikts, abgesehen von offensichtlichen Fällen, sollte es - im Interesse der Aufklärung und Klarheit, welche Gegenstand der Pflichten des Notars sind - verlangt sein, dass er in der Urkunde die genauen Gründe angibt, die ihn zu der Annahme veranlassen, dass es im konkreten Fall keinen Interessenkonflikt zwischen dem Beistand oder dem Mandatsträger in dem Vorsorgeauftrag gibt. Der Notar sollte sich somit nicht darauf beschränken können, festzustellen, dass kein Interessenkonflikt besteht, sondern er sollte seine Feststellung umfassend und konkret begründen, da es sich um eine Voraussetzung für die Gültigkeit seiner beurkundeten Urkunde handelt. Die vom Notar angeführten Gründe für das Nichtvorliegen eines Interessenkonflikts könnten somit vom Grundbuchamt bewertet werden, wobei das Grundbuchamt diesen zustimmen oder widersprechen und somit die vorgelegte Urkunde zurückweisen oder bis zu einer Ergänzung bzw. Berichtigung aussetzen könnte.

Im Rahmen des Vorsorgeauftrags muss die KESB bei einem Interessenkonflikt zwischen der auftraggebenden und der beauftragten Person eingreifen und die erforderlichen Massnahmen von Amtes wegen treffen (Art. 368 Abs. 1 ZGB). Die KESB kann der beauftragten Person insbesondere ihre Befugnisse ganz oder teilweise entziehen (Art. 368 Abs. 2 ZGB). Sie kann der bevollmächtigten Person zum Beispiel die Befugnis entziehen, den Mandanten in bestimmten Angelegenheiten zu vertreten, wie etwa beim Verkauf einer Liegenschaft. In diesem Fall sollte eine spezialgesetzliche Vertretung vorgesehen werden, die einem Beistand anvertraut wird. Die Aufgaben des Bevollmächtigten und des Beistands müssen so genau wie möglich abgegrenzt werden (FamKomm, a.a.O., S. 176, Anm. 12). Die KESB kann das Mandat auch einem Ersatzbevollmächtigten übertragen, wenn der Mandant einen solchen vorgesehen hat (Fountoulakis/Steinauer, Recht der natürlichen Personen und des Erwachsenenschutzes, Hrsg. 2014, S. 395, N 902).

IV. Schlussfolgerung

Beabsichtigt der Beistand, die Liegenschaft der betroffenen Person, für die er zuständig ist, zu erwerben oder ein Liegenschaftshandel für die betroffene Person abzuschliessen, so muss er die Zustimmung der KESB zur notariellen Beurkundung einholen.

Er muss das Interesse der betroffenen Person an dem Liegenschaftshandel darlegen und im Falle eines Verkaufs muss der Verkaufspreis dem Preis entsprechen, der in einem aktuellen Gutachten über die Immobilie (nicht älter als zwei Jahre) festgelegt wurde. Der Beistand muss auch die Haltung der betroffenen Person zu dem geplanten Verkauf darlegen, sofern diese urteilsfähig ist.

Nach Eingang des Antrags muss die KESB die Begründung des Antrags analysieren und beurteilen, ob aufgrund eines Interessenkonflikts ein Ersatzbeistand ernannt werden muss.

Wird ein Ersatzbeistand ernannt, so hat dieser die Angemessenheit des Liegenschaftshandels zu beurteilen und den Kaufvertrag zu unterzeichnen. Bei kleineren Liegenschaften oder in Ausnahmefällen kann die KESB den Kaufvertrag anstelle des Ersatzbeistands selbst unterzeichnen.

Nach Unterzeichnung des Kaufvertrages (durch den Ersatzbeistand oder den Präsidenten der zuständigen KESB) wird dieser der Kollegialbehörde gemäss Art. 416 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB bzw. Art. 416 Abs. 3 ZGB zur Zustimmung unterbreitet.

Der Notar wird deshalb bei Liegenschaftshandel einer betroffenen Person darauf achten, dass die Urkunde im Falle eines Interessenkonflikts von einem Ersatzbeistand oder ausnahmsweise vom Präsidenten der mit dem Geschäft befassten KESB unterzeichnet wird.

Fehlen die Unterschriften dieser Personen, ist die Urkunde mangelhaft und die nachträgliche Zustimmung der KESB kann daran nichts ändern. In diesem Fall muss die Urkunde erneut eröffnet werden, damit die Unterschrift der unterschriftsberechtigten Person auf dem Kaufvertrag aufgeführt wird.

Die Grundbuchverwalter werden bei Immobilienverkäufen einer betroffenen Person an ihren Beistand oder bei anderen Interessenkonflikten auf diese Unterschrift (Ersatzbeistand oder Präsident der zuständigen KESB) achten {z.B.: Der Beistand ist der Eigentümer des Grundstücks der verbeiständeten Person und beabsichtigt, zu seinen Gunsten die Verpfändung des Grundstücks der betroffenen Person zu beantragen.} und dafür sorgen, dass die Anmeldung zur Eintragung des Kaufvertrags im Grundbuch zusätzlich der rechtskräftige Zustimmungsscheid der Behörde im Sinne von Art. 416 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB oder Art. 416 Abs. 3 ZGB beinhaltet.

Dies ist eine Voraussetzung für die Gültigkeit der erfolgten Grundstücksübertragung, und zwar aufgrund des Kausalitätsprinzips. Eine Urkunde, deren Erwerbstitel ungültig ist, kann nicht in das Grundbuch eingetragen werden. In einem solchen Fall muss der Grundbuchverwalter die betreffende Urkunde zurückweisen oder zumindest ihre «Wiedereröffnung» verlangen (Anmerkung: Wiedereröffnung der Urkunde ist nicht die richtige Bezeichnung; es handelt sich um eine Korrektur, die vom Notar, der die Urkunde beurkundet, zusammen mit den Urkundenparteien in der angegebenen und gesetzlich möglichen Form vorzunehmen ist. Die Beurteilung, welche Formen sinnvoll sind, obliegt dem Notar. Im Deutschen würde man übrigens eher von einer Urkundenergänzung, einer Urkundenberichtigung usw. sprechen).

Fehlt die Unterschrift der unterschriftsberechtigten Person und die Zustimmung der KESB nach Art. 416 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB oder Art. 416 Abs. 3 ZGB, so muss eine Abweisung der Grundbuchanmeldung durch das Grundbuchamt erfolgen.

Schliesslich kommt es vor, dass die KESB die (Ad-hoc-)Beistände in den meisten Fällen erst im Genehmigungsentscheid und damit rückwirkend ernennt. Steht im der Präambel der Urkunde «[...] vertreten gemäss Entscheid der KESB durch [...]», so ist das Vertretungsverhältnis falsch deklariert und die Urkunde somit nicht vom Grundbuchamt validiert werden, da die notwendigen Angaben zur Vertretung fehlen. Diese Fälle sind identisch mit den Fällen, in denen die Formulierung «[...] vertreten gemäss beiliegender Vollmacht durch [...]» verwendet wird, die Vollmacht aber ein späteres Datum aufweist als die Urkunde.

Freundliche Grüsse

Frédéric Favre
Staatsrat

Kopie an: An die Alterspräsident/innen und Präsident/innen der KESB